

University of Groningen

Tekst & Uitleg XIII, D. 45,1,126,2 (Paulus, libro tertio Quaestionum)

Zwalve, Willem

Published in:
 Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
 Zwalve, W. (2012). Tekst & Uitleg XIII, D. 45,1,126,2 (Paulus, libro tertio Quaestionum). *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XXIX, 89-112.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Tekst & Uitleg XIII

D. 45,1,126,2 (Paulus, libro tertio Quaestionum)

*

TEKST

"Chrysogonus Flavii Candidi servus actor <scripsi>, coram subscribente et adsignante domino meo, accepisse eum a Iulio Zosa, rem agente Iulii Quintilliani absentis, mutua denaria mille. Quae dari Quintilliano heredive eius, ad quem ea res pertinebit, kalendis novembribus, quae proximae sunt futurae, stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintilliani, spopondit Candidus dominus meus. Sub die supra scripta si satis eo nomine factum non erit, tunc <mense> quo post solvetur, usurarum nomine denarios octo praestari stipulatus est Iulius Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus. Subscripsit dominus."

"Ik, Chrysogonus, de slaaf/rentmeester van Flavius Candidus heb, ten overstaan van en met ondertekening en voorzien van het zegel van mijn meester, geschreven dat deze 1000 denarii ter zake van geldlening in ontvangst heeft genomen van Julius Zosas, de rentmeester van de afwezige Julius Quintilianus. De vrijgelatene Zosas, de zaakwaarnemer van Quintilianus, heeft bedongen dat die op 1 november aanstaande moeten worden teruggegeven aan Quintilianus, of diens erfgenaam, op wien die zaak betrekking heeft, en dat heeft mijn meester Candidus beloofd. Julius Zosas heeft bedongen dat, als er op de bovenstaande datum niet is voldaan, maandelijks 8 denarii als rente zal zijn verschuldigd. Mijn meester Flavius Candidus heeft dat beloofd.

De meester heeft ondertekend."

UITLEG

De bovenstaande door de Romeinse jurist Julius Paulus in zijn verzameling van rechtsgeleerde vraagstukken (*Quaestiones*¹) integraal opgenomen akte van een geldlening²

¹ Van Paulus zijn twee afzonderlijke verzamelingen van rechtsgeleerde adviezen bekend: zijn *Quaestiones*, waaruit het hier behandelde advies afkomstig is, en zijn *Responsa*. Zie over deze beide werken Berger, s.v. 'Iulius Paulus', in: *PWRE* XIX, pp. 728-731.

heeft de nodige interpretatieproblemen opgeleverd omdat zij niet 'einwandfrei', zoals onze oosterburen plegen te zeggen, was geformuleerd. Die problemen werden ter beslissing voorgelegd aan Paulus, die er een uitvoerig betoog aan heeft besteed dat in de Digesten is overgeleverd. De akte is opgemaakt door een slaaf van de credietnemer Flavius Candidus. Deze slaaf, Chrysogonus, was een zogeheten *actor*, of *dispensator*, ook wel een *rem agens*, letterlijk een 'zaakwaarnemer', wij zouden zeggen de 'rentmeester', van de credietnemer. Dit was in grote Romeinse huishoudingen een zeer aantrekkelijke functie omdat sommige *actores*, zoals Chrysogonus, de verantwoordelijkheid hadden voor het financiële reilen en zeilen van hun meesters en daarbij ook zelf als regel een aanzienlijk vermogen verdienden met het aan hen ter beschikking gestelde bedrijfskapitaal (*peculium*), met behulp waarvan zij zich vrij plachten te kopen.³ De credietgever werd vertegenwoordigd door zo iemand, want de zaakwaarnemer van Julius Quintilianus, Julius Zosas, was een vrijgelaten slaaf die zijn functie van *rem agens* na zijn vrijlating als vrij man voortzette.

Men dient, tot een beter begrip van het navolgende, goed in het oog te houden dat Julius Zosas, de zaakwaarnemer van Quintilianus, ter zake van de geldlening aan Flavius Candidus twee stipulaties heeft gesloten, terwijl er bovendien nog een ander, derde, contract in het spel is, te weten dat van verbruikleen van geld (*mutuum*). De eerste stipulatie heeft betrekking op de hoofdsom (*sors*); de tweede heeft betrekking op de rente. Wij zullen deze beide stipulaties afzonderlijk behandelen. Het contract van *mutuum* zal telkens bij de bespreking daarvan worden betrokken.

1. De hoofdsom

Er is zojuist niet ten overvloede opgemerkt dat Zosas zijn werkzaamheden als *actor* van Quintilianus na zijn vrijlating voorzette, want alleen zo is de vergissing die hij maakte te begrijpen. Hij bedong namelijk dat de geldlening die hij verstrekte moest worden terugbetaald aan zijn patroon Julius Quintilianus, of diens erfgenaam aan wie de vordering was gelegateerd.⁴ Indien hij dit beding op deze wijze in zijn voormalige hoedanigheid van

² In de Latijnse tekst zijn twee wijzigingen aangebracht: in de eerste regel is, in afwijking van de Mommsen-editie (maar in overeenstemming met de Vulgaat), in plaats van "scripsit", "scripsi" opgenomen. De lezing van de Florentina, die door Mommsen tot uitgangspunt is genomen, kan eenvoudigweg niet juist zijn. Ten tweede is, op suggestie van Mommsen, in de laatste zin het woord "mense" toegevoegd.

³ Ik verwijs de belangstellende lezer naar J.-J. Aubert, *Business Managers in Ancient Rome (A Social & Economic Study of Institores)*, Leiden 1994, pp. 186 e.v.

⁴ De toevoeging van een opvolger onder algemene titel van de stipulator als begunstigde van de stipulatie is, natuurlijk, in algemene zin een overbodige toevoeging, tenzij de erfgenaam de (beoogde) legataris van de vordering is. Zie over de formule 'ad quem ea res pertinebit' ('wie bij deze zaak belang zal hebben') in dit soort aktes mijn opmerkingen in 'Exit bos frisca, The Tolsum Tablet and Roman Law', in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 77 (2009) pp. 362-365.

slaaf van Julius Quintilianus had gemaakt, zou er niets aan de hand zijn geweest, omdat een slaaf een beding ten behoeve van zijn meester kan maken waaraan de meester een vorderingsrecht ontleent.⁵ Hij was echter een vrijgelatene en dus een vrij man en in het Romeinse recht gold de algemene regel dat men door middel van de tussenkomst van een vrij man geen rechten kan verkrijgen⁶: 'niemand kan door middel van stipulatie rechten bedingen ten gunste van een ander.'⁷

Ik neem de vrijheid op een bijzondere eigenaardigheid te wijzen die nauw verband houdt met de positie van zaakwaarnemers zoals de slaaf Chrysogonus. Romeinen vertrouwden het beheer van hun financiën bij voorkeur toe aan hun eigen, daarin gespecialiseerde, slaven (zoals Chrysogonus), of aan hun vrijgelatenen die zich in die functie als slaaf hadden onderscheiden (zoals Julius Zosas). De positie van dit soort *actores* was zó aantrekkelijk dat vrijgeboren Romeinse burgers zich niet zelden als slaaf voordeden teneinde voor een dergelijke betrekking in aanmerking te komen.⁸ Zo'n persoon bleef natuurlijk, ondanks het feit dat hij als slaaf werkzaam was, een vrij man en zou daarom dus eigenlijk ook niets ten behoeve van zijn werkgever kunnen verwerven, omdat men nu eenmaal door middel van een vrij man geen rechten kan verwerven. Dit is de reden waarom er een belangrijke uitzondering op deze regel werd gemaakt voor de vrije man die als slaaf werkzaam was zonder dat zijn werkgever daarvan op de hoogte was. Men sprak dan van een 'slaaf die te goeder trouw in dienst is' (*servus bona fide serviens*).⁹ Voor hen gold dat zij, alhoewel vrije personen, wel degelijk rechten ten behoeve van hun werkgever konden verwerven.¹⁰

Paulus was, niet geheel onverwacht, van mening dat de stipulatie van Julius Zosas waarin deze bedong dat de hoofdsom aan zijn werkgever diende te worden uitbetaald nietig was, omdat die enkel en alleen uit een beding ten behoeve van een derde bestond:

⁵ Gaius 2,86: 'Er wordt voor ons niet alleen door middel van ons zelf, maar óók door middel van hen die in onze macht staan verkregen.' (*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioque habemus*). Zie ook D. 45,1,39: 'Een meester verkrijgt, wanneer een slaaf een beding maakt, voor zichzelf' (*Dominus servo stipulando sibi acquirit*).

⁶ Gaius 4,95: 'En dat betekent het, wanneer men gemeenzaam zegt dat er door een buitenstaander voor ons niet kan worden verkregen' (*et hoc est, quod uulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse*).

⁷ D. 45,1,38,17: *Alteri stipulari nemo potest*. Zie over de regel, in plaats van anderen, R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, Capetown/Johannesburg 1990, pp. 34 e.v.

⁸ Zie voor zo'n geval D. 28,3,6,5.

⁹ Zie hierover recent Alfred Söllner, 'Irrtümlich als Sklaven gehaltene freie Menschen und Sklaven in unsicheren Eigentumsverhältnissen', in: J. Michael Rainer (ed.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS)*, IX, Stuttgart 2000.

¹⁰ Zie Gaius 2,86: 'Er wordt voor ons niet alleen door middel van onszelf, maar óók door middel van hen die in onze macht staan verkregen ... en ook door middel van vrije mensen die wij te goeder trouw <als slaaf> in ons bezit hebben.' (*Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipioque habemus ... item per homines liberos ..., quos bona fide possidemus*).

'Ik heb als advies gegeven dat wij door middel van een vrije persoon, die niet in onze macht staat en die ons ook niet te goeder trouw als slaaf dient, geen enkel recht uit verbintenis kunnen verkrijgen. Uiteraard is het zo dat, als een vrije man in onze naam geld overdraagt (het zijne of het onze) met de bedoeling dat het aan ons wordt terugbetaald, er een vordering ten aanzien van het verstrekte crediet voor ons wordt verkregen. Maar als een vrijgelatene heeft bedongen dat er aan de patroon wordt betaald, leidt dat tot nietigheid, zodat de toevoeging van de naam van een afwezige ten aanzien van de betaling niet van nut is voor degene aan wie de verbintenis in de eerste plaats ten goede komt.'¹¹

Julius Quintilianus, de werkgever van Julius Zosas, mocht dan wel geen rechten kunnen ontlennen aan de door zijn voormalige slaaf bedongen stipulatie, maar het is een andere vraag of hij rechten kon ontlennen aan het *andere* contract dat door tussenkomst van zijn zaakwaarnemer was bemiddeld en wel het contract van geldlening (*mutuum*). Paulus' toelichting behelst een ietwat kryptische verwijzing naar een geval waarin wel degelijk een vorderingsrecht werd verkregen door een derde ten behoeve van wie door een andere, vrije, persoon een geldlening was verstrekt. Het gaat daarbij, naar mij dunk, over een geval dat ook door Ulpianus is behandeld in D. 12,1,9,8:

'Als ik mijn geld in Uw naam heb gegeven, of Uw geld in Uw afwezigheid en zonder dat U het weet, dan schrijft Aristo dat U een vordering tot teruggave ervan verkrijgt. Ook Julianus, aan wie deze vraag is voorgelegd, schrijft in het tiende boek dat de opvatting van Aristo juist is en dat er geen twijfel over bestaat dat, als ik mijn geld in Uw naam met Uw instemming zal hebben gegeven, U een vordering verkrijgt, omdat het dagelijks voorkomt dat wij, als wij geld willen uitlenen, aan iemand vragen om in onze naam als crediteur te betalen aan onze toekomstige debiteur.'¹²

De vraag rijst waarom men géén rechten kon ontlennen aan een door een derde gesloten stipulatie, maar *wel* aan een door een derde gesloten overeenkomst van geldlening (*mutuum*). Het antwoord op deze vraag hangt samen met het feit dat, in de woorden van Ulpianus, ten aanzien van het contract van *mutuum* 'enige eigenaardige regels' (*singularia quaedam*)¹³ tot ontwikkeling waren gebracht. Die eigenaardige regels waren een uitvloeisel van het feit dat het contract van geldlening (*mutuum*) niet door middel van een

¹¹ D. 45,1,126,2: Respondi: per liberam personam quae neque iuri nostro subiecta est neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur: sed quod libertus patrono dari stipulatus est, inutile est, ut nec ad solutionem proficiat adiectio absentis, cui principaliter obligatio quaerebatur.

¹² Ulpianus, *libro vicensimo secto ad edictum*: Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi conditionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

¹³ D. 12,1,15.

stipulatie tot stand kwam, maar door eigendomsoverdracht van het gecrediteerde geld door de credietverstrekker aan de credietnemer, waardoor de verplichting in het leven werd geroepen eenzelfde hoeveelheid geld terug te geven als in eigendom was overgedragen.¹⁴ Het gaat daarbij dus om een reëel contract. Ulpianus' 'eigenaardige regels' nu houden verband met dit principieel goederenrechtelijke karakter van het contract van geldlening.¹⁵ De kern van de zaak is dat de eigendomsoverdracht waardoor het contract tot stand komt geschiedt door middel van bezitsverschaffing (*traditio*); geld immers is een *res nec Mancipi*. Dit nu opende mogelijkheden die in het contractenrecht ondenkbaar waren; bezitsverschaffing immers kan ook door middel van een *traditio ficta* plaatsvinden, en – nog belangrijker – óók door middel van een tussenpersoon worden bewerkstelligd. Dit maakt, in de hierboven door Paulus en Ulpianus bedoelde gevallen, de navolgende (in onze ogen ietwat gewrongen) constructie mogelijk. De tussenpersoon (een vrij man) heeft geld onder zich dat toebehoort aan degene ten behoeve van wie hij een contract van geldlening tot stand wil – of, wanneer hij in opdracht handelt, moet – brengen. Door de bezitsverschaffing van dit geld wordt niet de tussenpersoon, die het feitelijk bezit van het geld aan de credietnemer verschaft, de contractspartij van de credietnemer, maar de derde ten behoeve van wie hij handelt en wel omdat de eigendomsoverdracht waardoor het contract van *mutuum* tot stand komt niet plaatsvindt tussen de tussenpersoon en de credietnemer, maar tussen de derde en de credietnemer.

De constructie wordt iets gecompliceerder, maar niet onmogelijk, als de tussenpersoon met eigen geld een contract van *mutuum* tot stand moet brengen tussen de credietnemer en een derde. Daartoe is noodzakelijk dat hij eerst zijn eigen geld (door middel van een *constitutio possessorium*) overdraagt aan de derde; als hij dat gedaan heeft, draagt hij vervolgens het geld van een derde in eigendom over en brengt daardoor op de eerder geschetste wijze een contract van *mutuum* tussen die derde en de credietnemer tot stand.¹⁶

Aan de hierboven beschreven constructie wordt door Ulpianus in D. 12,1,9,8 de naam van de Romeinse jurist Aristo verbonden. Deze Aristo, een Sabiniaan¹⁷, is een ietwat schimmige figuur die in de tijd van keizer Trajanus in Rome werkzaam is geweest en nog lang nadien een groot aanzien genoot: hij wordt dikwijls door latere auteurs (zoals Ulpianus) als gezaghebbend geciteerd.¹⁸ Aristo nu heeft in het bijzonder naam gemaakt bij

¹⁴ Zie de beroemde definitie in Inst. 3, 14 pr.

¹⁵ Zie bij het navolgende ook mijn bijdrage 'The Past and Future of Mutuum', in: W.J. Zwolve en E. Koops (edd.), *The Past and Future of Money*, Den Haag 2008, pp. 17 e.v.

¹⁶ Zie over dit soort constructies in het Romeinse recht ook mijn opmerkingen in 'Tekst & Uitleg VI (C. 4,2,6)', in: *GrOM XIX* (2002) pp. 115-136.

¹⁷ Hij was (zie D. 4,8,40) een leerling van Cassius, die Sabinus opvolgde als het hoofd van de Sabiniaanse school.

¹⁸ Hij was bevriend met de jongere Plinius. Zie over hem G. Wesenberg, in *PWRE*, Suppl. VIII, 857-859 en Th. Mayer-Maly, aldaar Suppl. IX, 1395-1397, alsmede W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz/Wenen/Keulen 1967 (2^e dr.), pp. 141 e.v.

de ontwikkeling van rechtsfiguren die zich op het snijvlak van goederenrecht en contractenrecht bevinden. Zo heeft hij aan de wieg gestaan van de leer der zogeheten 'innominaat-contracten', die – evenals het contract van *mutuum* – tot stand komen door middel van een daarop gerichte prestatie, bijvoorbeeld een eigendomsoverdracht (*datio*).¹⁹ In dit verband dient men ook de verwijzing naar zijn naam in de hierboven geciteerde passage uit het werk van Ulpianus te verstaan: Aristo heeft de vraag aan de orde gesteld of een dergelijk contract (een innominaat-contract, in dit geval *do ut des*) door middel van een tussenpersoon kon worden gerealiseerd. Aristo's antwoord op die vraag luidde bevestigend. Ulpianus knoopt daarbij aan door vast te stellen dat de daaraan ten grondslag liggende gedachte er toe noopt om aan te nemen dat hetzelfde dient te gelden bij de totstandkoming van het, eveneens reële, contract van *mutuum*. Dit kan, omdat het is gekoppeld aan de goederenrechtelijke figuren van eigendomsoverdracht en bezitsverschaffing; het contract van *mutuum* komt immers tot stand tussen de personen tussen wie zich de eigendomsoverdracht voltrekt.

De vraag rijst waarom men het contract van *mutuum* dikwijls gepaard liet gaan met een stipulatie, waarbij de credietnemer formeel beloofde het bedrag dat hij reeds op grond van het *mutuum* was verschuldigd aan de credietnemer te zullen betalen. Daarvoor bestaan verschillende gronden. Eén van de belangrijkste is dat die stipulatie dikwijls niet volgde op de totstandkoming van het *mutuum*, maar daar vaak aan voorafging en wel als onderdeel van een credietverstrekkingsovereenkomst waarbij de credietverstrekker bij stipulatie aan zijn tegenpartij toezegde het crediet aan de credietnemer te zullen uitbetalen en deze laatste daarop onmiddellijk aansluitend bij stipulatie toezegde dat te zullen terugbetalen. Dit laatste beding was, alhoewel anteciperend op het nog tot stand te brengen *mutuum*, essentieel voor de credietverstrekker, omdat de beide stipulaties niet werden behandeld als één wederkerige overeenkomst, maar als twee, in beginsel van elkander onafhankelijke, overeenkomsten ('independent promises', zouden Anglo-Amerikaanse juristen zeggen). Als de credietverstrekker zich daarom niet, gelijktijdig met zijn toezegging van het crediet, de terugbetaling ervan liet beloven, zou hij zich hebben blootgesteld aan de mogelijkheid dat hij door zijn contractspartij werd aangesproken tot uitkering van een geldsom zonder dat er een verplichting tot terugbetaling daarvan was overeengekomen. Daarbij komt natuurlijk nog dat zich de modaliteiten van de lening, zoals termijnen, de plaats van terugbetaling, en de verschuldigde rente, moeilijk anders laten voorstellen dan als bij stipulatie overeengekomen. Het gegeven dat de credietnemer als regel al vóórdat hem het crediet daadwerkelijk was uitbetaald bij stipulatie had beloofd een geldsom van die omvang aan zijn contractspartij te zullen betalen, heeft een curieuze consequentie gehad. De verrassingsoverval waartegen zich de credietverstrekker had gewapend door zich door zijn tegenpartij de terugbetaling van dat crediet bij voorbaat te

¹⁹ Zie daarover mijn opmerkingen in 'Het offer', in: A.G. Castermans, Jac. Hijma e.a. (edd.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer 2009, pp. 403 e.v.

laten toezeggen, overkwam namelijk niet zelden daadwerkelijk de credietnemer, doordat deze reeds vóórdat hem het crediet was uitgekeerd door zijn tegenpartij werd aangesproken tot nakoming van zijn bij stipulatie toegezegde verplichting om een geldsbedrag te betalen. Dit is de oorsprong van de zogeheten *exceptio non numeratae pecuniae* ('verweermiddel van de niet uitgekeerde geldsom'), waardoor de bewijslast werd verlegd naar de eiser die, wilde hij in zijn vordering slagen, had aan te tonen dat de door hem gevorderde geldsom inderdaad aan de gedaagde ter beschikking was gesteld.²⁰

Ulpianus behandelt elders een casus die 'on all fours' lijkt te zijn met de in naam van diens werkgever verstrekte geldlening door de rentmeester Julius Zosas:

D. 12,1,9,4: 'Ik heb U tien uitbetaald en die ten behoeve van een derde bedongen; de stipulatie is nietig. Kan ik die tien door middel van deze actie²¹ terugvorderen, alsof er twee contracten zijn gesloten: eentje dat door middel van een prestatie, dat wil zeggen door uitbetaling, is tot stand gekomen en een ander dat door middel van bewoordingen, dat wil zeggen op nietige wijze, is tot stand gekomen, omdat ik geen beding ten behoeve van een ander heb kunnen maken? Ik denk dat dit kan.'²²

Er is, bij nader inzien, toch een belangrijk verschil tussen de hierboven door Ulpianus behandelde casus en die van Zosas. In Ulpianus' geval heeft iemand op eigen naam een geldlening, om precies te zijn een contract van *mutuum*, gesloten en heeft zich vervolgens door zijn debiteur laten beloven om dat geld aan een derde uit te keren. Dit laatste, zuivere derdenbeding is nietig, zegt Ulpianus, want men kan niet door middel van een stipulatie een beding ten gunste van een derde maken (*nemo alteri stipulari potest*). Paulus kwam tot hetzelfde resultaat in zijn beoordeling van de casus van Zosas. In het door Ulpianus behandelde geval evenwel blijft de geldlening, het *mutuum*, overeind en is de crediteur, omdat hij op eigen naam heeft gehandeld, gerechtigd om de door hem voorgesloten geldsom met de daarvoor bestemde actie, de *actio certae pecuniae*, op te vorderen. Zoals al uit de bewoordingen van het hierboven geciteerde fragment (D. 12,1,9,4) blijkt, acht Ulpianus die uitkomst allerm minst vanzelfsprekend, reden waarom hij er enige aandacht aan besteedt. De reden waarom Ulpianus de uitkomst van de door hem opgeworpen vraag geenszins vanzelfsprekend acht, is gelegen in het feit dat hij daartoe de gehele credietverstrekkingstransactie in twee onderdelen (het *mutuum* en de stipulatie) uiteen laat vallen 'alsof er twee contracten zijn gesloten: eentje dat door middel van een prestatie, dat wil zeggen door uitbetaling, is tot stand gekomen en een ander dat door middel van

²⁰ Zie daarover, in plaats van anderen, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München 1971, p. 542.

²¹ Ulpianus bedoelt de *condictio certae pecuniae* (*mutuum*).

²² Ulpianus, *libro vicensimo secto ad edictum*: Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio: an condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione, alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse.

bewoordingen tot stand is gekomen.' Kennelijk heeft hij daarbij zo zijn aarzelingen en terecht, want de Romeinse juristen veroordeelden een dergelijke benadering, zoals blijkt uit het betoog van Paulus over de casus van D. 45,1,126,2:

'Rest nog de vraag, of degene die het contract heeft gesloten het gecrediteerde bedrag zelf op grond van de uitbetaling ervan kan vorderen, want telkens wanneer wij geld ten titel van geldlening in eigendom overdragen en de terugbetaling ervan bij stipulatie bedingen, ontstaan er niet twee verbintenissen, maar slechts één, en wel die door middel van bewoordingen (de stipulatie).'²³

Paulus benadrukt hier dat het een misverstand is de credietverstrekkingsovereenkomst, zoals die in het normale geval werd gesloten, namelijk door middel van een uitkering, gevolgd door een stipulatie waarbij de terugbetaling werd toegezegd (en eventueel rente werd bedongen), in twee overeenkomsten te laten uiteenvallen: het eigenlijke contract van geldlening (*mutuum*) en een stipulatie. In het normale geval, zo benadrukt hij, ontstaat er slechts één verbintenis, te weten een verbintenis uit stipulatie; het *mutuum* ging, met andere woorden, op in de daarop volgende (en zelfs de daaraan voorafgaande) *stipulatio*.²⁴ Een en ander wordt bevestigd door de beide navolgende teksten:

D. 46,2,6,1: 'Als iemand zonder stipulatie geld heeft uitgeleend en onmiddellijk aansluitend een stipulatie heeft gemaakt, is er maar één contract. Hetzelfde geldt als er eerst een stipulatie is gesloten en er vervolgens geld is uitbetaald.'²⁵

en

D. 46,2,7: 'Want als wij <de terugbetaling van> geld dat ten titel van geldlening is uitgekeerd door middel van een stipulatie bedingen, denk ik niet dat er uit de uitkering een verbintenis voortvloeit die vervolgens door de stipulatie wordt omgezet in een nieuwe verbintenis, omdat het de bedoeling van partijen is dat de stipulatie alléén moet gelden en dat dus de uitkering ervan ook dient te worden

²³ D. 45,1,126,2: Superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.

²⁴ De belangstellende lezer zal zich de vraag stellen waarom de Romeinse juristen er zo aan hechtten dat de stipulatie het 'mutuum' in dergelijke transacties verdrong. Vloeide immers uit *beide* overeenkomsten, het 'mutuum' en de stipulatie, niet één- en dezelfde rechtsovereenkomst, te weten de *condictio certae pecuniae* voort (zie, bijvoorbeeld, D. 12,1,9,3)? Men dient echter te bedenken dat beide overeenkomsten werden beheerst door verschillende rechtsregels. Zo kon de geldschuld uit stipulatie door een andere stipulatie, de *acceptilatio*, worden kwijtgescholden, terwijl voor de kwijtschelding van een geldschuld uit 'mutuum' een *stipulatio Aquiliana* was vereist (Gaius 3, 170). Zie over een en ander met name M. Kaser, 'Mutuum und Stipulatio', in: *Eranion G. S. Maridakis I*, Athene 1963, pp. 155 e.v.

²⁵ Ulpianus, *libro quadragesimo sexto ad Sabinum*: Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit.

opgevat als zijnde geschied ter uitvoering van de stipulatie.²⁶

Het is, zo blijkt, in dit soort gevallen de bedoeling van partijen dat er slechts één overeenkomst tot stand komt, te weten een stipulatie: de leerstellige gedachte dat de uitkering van het geld zou resulteren in een verbintenis uit geldlening (*mutuum*) die door de daarop volgende stipulatie zou worden omgezet in een nieuwe verbintenis uit stipulatie, wordt uitdrukkelijk verworpen. Waar het immers om gaat, is, óók in het Romeinse recht, de bedoeling van partijen (*quod actum est*). In het door Ulpianus bedoelde geval (D. 12,1,9,4) was dat de totstandkoming van een contract van geldlening (*mutuum*) tussen de credietnemer en degene die het geld daadwerkelijk ter beschikking had gesteld, waaraan vervolgens een (nietige) stipulatie tengunste van een derde werd toegevoegd; in het geval van Paulus (D. 45,1,126,2) gaat het om een veel complexere transactie waarbij, zoals hij benadrukt, de totstandkoming van het *mutuum* en het nietige derdenbeding als één rechtshandeling zijn op te vatten. Het probleem is echter dat deze gedachte in het geval van de stipulatie van Zosas zou leiden tot nietigheid van de hele transactie (inclusief het contract van *mutuum*), zodat er dus wel degelijk een terugvorderingsactie ontstaat, maar een geheel andere dan in de bedoeling van partijen lag. Immers: als de transactie in haar geheel nietig is, ontstaat er ten aanzien van het uitgekeerde geldsbedrag een (onmiddelijk opeisbare) vordering uit onverschuldigde betaling van Quintilianus tegen Flavius Candidus.

Ik benadruk, wellicht niet ten overvloede, dat in het door Paulus behandelde geval (D. 45,1,126,2), anders dan in dat van Ulpianus (D. 12,1,9,4), de geldlening niet door de tussenpersoon in eigen naam wordt verstrekt, maar in naam van de achterman (evenals in het door Ulpianus in D. 12,1,9,8 behandelde geval). In zulke gevallen is de tussenpersoon juist niet (zoals in D. 12,1,9,4) de contractspartij van de credietnemer, maar degene ten behoeve van wie de betaling geschiedt: er wordt niet door de tussenpersoon, maar via de tussenpersoon door de achterman aan de credietnemer betaald. Als ook deze overeenkomst als nietig dient te worden beschouwd, ontstaat er dus een vordering uit onverschuldigde betaling tussen degene die het geld in ontvangst heeft genomen en de achterman.

Teneinde dit resultaat te vermijden, laat Paulus, evenals Ulpianus, voor dit geval de aan de stipulatie voorafgaande transactie (het *mutuum*) overeind:

'Uiteraard dient er, indien de uitkering vooraf gaat en de <nietige> stipulatie daarop volgt, niet te

²⁶ Pomponius, *libro vicesimo quarto ad Sabinum*: Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.

worden aangenomen dat er is afgezien van de natuurlijke verbintenis.²⁷

Paulus gebruikt het begrip *naturalis obligatio* ('natuurlijke verbintenis') hier niet in de tegenwoordig (in Nederland) gebruikelijke zin, maar in de betekenis van een naar de begrippen van het *ius gentium* (het natuurrecht) *afdwingbare* verbintenis.²⁸ Wat hij dus door middel van de hierboven geciteerde tekst tot uitdrukking wil brengen, is dat men niet moet denken dat er uit de nietigheid van de op de uitkering van het geld ten titel van geldlening volgende stipulatie noodzakelijkerwijze moet worden afgeleid dat er daarom geen afdwingbare verbintenis tot terugbetaling ervan zou zijn ontstaan. Die ontstaat wel degelijk, alleen niet op grond van de stipulatie, maar op grond van het *mutuum*. Het *mutuum* nu maakt het mogelijk dat het door partijen beoogde rechtsgevolg wel degelijk intreedt, want als Zosas het geld van zijn werkgever in eigendom overdraagt aan Flavius Candidus bemiddelt hij daardoor de totstandkoming van een overeenkomst van geldlening (*mutuum*) tussen Flavius Candidus en zijn werkgever Quintilianus en wel omdat de voor de totstandkoming van een dergelijk contract vereiste eigendomsovergang tussen *deze* partijen plaatsvindt; hij, Zosas, zelf immers was slechts houder van dat geld.²⁹

2. Het rentebeding

Paulus richt zijn aandacht vervolgens op het rentebeding. Die stipulatie is geldig, zo stelt hij vast, omdat dáárin niet de naam van een derde is opgenomen. De vrijgelatene Julius Zosas heeft dus geldig bedongen dat aan hem – en niet aan zijn meester – rente moet worden betaald.

Uit de toelichting van Paulus blijkt overigens ook zonneklaar dat de

²⁷ D. 45,1,126,2: Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.

²⁸ Zie hiervoor het woordgebruik van Paulus (*libro tertio quaestionum*) in D. 50,17,84,1: 'Wat iemand op wiens woord wij hebben vertrouwd krachtens het *ius gentium* behoort te geven, dat is hij op natuurlijke wijze verschuldigd' (Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus).

²⁹ De traditionele verklaring van de geldigheid van het contract van geldlening dat in dit geval tussen Flavius Candidus en Quintilianus wordt bemiddeld (zie daarvoor M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, p. 263 (met verdere oudere literatuur); Jörs/Kunkel/Wenger, *Römisches Recht* (Honsell/Mayer-Maly/Selb), Heidelberg 1987, p. 113; vgl. ook R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden 1994, p. 260) berust op de misvatting dat er hier sprake zou zijn van een uitzondering op het beginsel dat men geen rechten kan verkrijgen door middel van de tussenkomst van vrije personen. Van een dergelijke uitzondering is echter in het geheel geen sprake. De geldigheid van het contract berust uitsluitend en alleen op de bijzondere goederenrechtelijke aard van de totstandkoming ervan, te weten de regel dat als crediteur van het contract van *mutuum* slechts diegene is te beschouwen uit wiens vermogen het uitgeleende geld afkomstig is. Zie, bijvoorbeeld, D. 12,1,2,4 (Paulus): In mutui datione oportet dominum esse dantem.

terugbetalingsverplichting van de hoofdsom (*sors*) niet bestaat tussen Zosas en de credietnemer, maar tussen zijn werkgever Julius Quintilianus en de credietnemer, zoals hierboven ook werd geconcludeerd. Paulus namelijk merkt op dat het best mogelijk is dat het recht op de rente toekomt aan een ander dan de crediteur van de hoofdsom. Het tegenovergestelde standpunt, te weten de gedachte dat de rente per definitie is verschuldigd aan degene aan wie ook de hoofdsom is verschuldigd, wordt door hem als 'pervers' (*maligne*) bestempeld.

Nu de vordering tot betaling van rente, in strijd met de bedoeling van partijen, ten gevolge van de geldigheid van het rentebeding en de ongeldigheid van het derdenbeding toevalt aan een ander dan degene aan wie de hoofdsom is verschuldigd, concludeert Paulus dat Zosas die vordering moet cederen aan zijn werkgever Quintilianus, die reeds de crediteur van de hoofdsom is.³⁰

3. De uitleg van stipulaties

Nadat Paulus de casus op de bovenstaande, alleszins bevredigende wijze heeft opgelost, bespreekt hij nog een eventuele tegenwerping die ons brengt tot de leer van de uitleg van stipulaties. Men zou namelijk kunnen betogen dat het rentebeding dat door Zosas is gemaakt door dezelfde nietigheid wordt getroffen als het ten aanzien van de hoofdsom gemaakte derdenbeding; ook dát immers lijkt overduidelijk ten behoeve van een derde te zijn gemaakt. Paulus verwerpt die gedachte. Er is immers in dit geval niet één, maar er zijn twee stipulaties gesloten: één (nietige) ten aanzien van de hoofdsom en een andere (geldige) ten aanzien van de betaling van rente. Men mag namelijk deze laatste stipulatie, op grond van de veronderstelde partijbedoelingen, niet dusdanig uitleggen dat daarbij een persoon wordt betrokken die daarin niet uitdrukkelijk is genoemd. Men mag dus niet – op grond van het feit dat het klaarblijkelijk in de bedoeling van partijen heeft gelegen dat er een rentedragende geldlening door Julius Zosas zou worden bemiddeld tussen Flavius Candidus en Julius Quintilianus – concluderen dat het rentebeding óók een (onuitgesproken) derdenbeding bevat. Paulus verwerpt die conclusie, want, zo benadrukt hij, op deze wijze mag een stipulatie niet worden uitgelegd: :

'Want dikwijls dienen bij stipulaties de bewoordingen, waaruit de verbintenis voortvloeit, in acht te worden genomen. Er zal daarbij slechts zelden mogen worden aangenomen dat er, op grond van hetgeen zal blijken dat de bedoeling van partijen is geweest, een termijn of een voorwaarde in ligt

³⁰ D. 45,1,126,2: Sequens stipulatio, in qua sine adiectione nominis usuras stipulatus est, non eodem vitio laborat (neque enim maligne accipiendum est eidem stipulatum usuras, cui et sortem, videri), ideoque in liberti persona valet stipulatio usurarum et cogitur eam patrono cedere.

besloten, maar *nooit* een persoon, tenzij die uitdrukkelijk is genoemd.³¹

Door zijn eigen – striktere – uitleg van het rentebeding deed hij meer recht aan de bedoeling van partijen, al was het slechts omdat daardoor het rentebeding werd gesauveerd dat bij de andere uitleg nietig zou zijn geweest. Dit is een uitvloeisel van de Romeinse interpretatieregels die behelst dat men zich bij de uitleg van rechtshandelingen moet laten leiden door de richtlijn dat daardoor de rechtsgevolgen van een rechtshandeling zo veel mogelijk in stand moeten worden gelaten³²; men mag, met andere woorden, een contract, zoals een stipulatie, niet 'kapotinterpreteren'.³³

Paulus' beschouwing over de uitleg van stipulaties in D. 45,1,126,2 kan worden verduidelijkt aan de hand van zijn opvattingen omtrent de vraag of bij de uitleg van een stipulatie óók de daaraan voorafgaande onderhandelingen tussen partijen mogen worden betrokken. Ik geef daarvan een eenvoudig voorbeeld:

D. 2,14,4,3: 'Naar aanleiding van een geval geraadpleegd zijnde, <was Julianus van mening³⁴> dat, omdat er was overeengekomen dat de hoofdsom niet zou worden gevorderd zolang er rente werd betaald, en er een stipulatie was opgesteld waarin dit beding niet was opgenomen, die voorwaarde onderdeel uitmaakte van de stipulatie, alsof ze daarin uitdrukkelijk was opgenomen'.³⁵

Er was een stipulatie gesloten tussen twee partijen waarin de *promissor* op zich had genomen een bepaalde geldsom, alsmede de daarover verschuldigde rente, te zullen betalen aan de *stipulator*. Er stond feitelijk vast dat diezelfde partijen, in hun aan het tot stand komen van de stipulatie voorafgaande onderhandelingen, waren overeengekomen dat de schuldenaar de hoofdsom niet hoefde terug te betalen zolang hij er rente over betaalde. Paulus was, met Julianus, van mening dat die (opschortende) voorwaarde in de stipulatie mocht worden 'ingelesen.' De tekst vormt dus een aardige toelichting bij hetgeen Paulus bedoelt met zijn betoog in de hierboven besproken laatste zinsnede van D. 45,1,126,2, inhoudende 'dat slechts zelden <zal> mogen worden aangenomen dat er, op grond van hetgeen zal blijken dat de bedoeling van partijen is geweest, een termijn of een

³¹ D. 45,1,126,2: Plerumque enim in stipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt: raro inesse tempus vel condicionem ex eo, quod agi apparebit, intellegendum est: *numquam* personam, nisi expressa sit (cursivering toegevoegd).

³² De leer van de uitleg van rechtshandelingen is in het Romeinse recht uitgegaan van de uitleg van testamenten. Dit verklaart de achtergrond van de in de tekst genoemde regel: hij is ongetwijfeld ingegeven door de wens een testament zoveel mogelijk in stand te houden.

³³ D. 45,1,80 (Ulpianus): Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. Zie hierover ook hieronder, in voetnoot 37.

³⁴ De tussen < > geplaatste zinsnede (Idem Iuliano placet) dient uit het einde van het voorafgaande fragment (D. 2,14,4,2) te worden aangevuld.

³⁵ Paulus, *libro tertio ad edictum*: Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usurae solverentur sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, condicionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset.

voorwaarde in <de stipulatie> ligt besloten.' In het geval van D. 2,14,4,3 werd dit aangenomen en wel op grond van de aan het tot stand komen van de stipulatie voorafgaande onderhandelingen tussen partijen. De stipulatie vormde, met andere woorden, zoals zij was uitgesproken, geen nauwkeurige weergave van de daaraan voorafgaande wilsovereenstemming tussen partijen.

De lezer zal zich de vraag hebben gesteld, waarom deze weg (uitleg van de stipulatie) werd gekozen, in plaats van de mogelijkheid om de vordering van de eiser af te weren door middel van het opwerpen van een *exceptio doli (praesentis)*. Een stipulator immers die, in weerwil van hetgeen daaromtrent voorafgaande aan de stipulatie tussen de aanstaande stipulator en de aanstaande promissor was overeengekomen, de hoofdsom in rechte opeist, handelt doleus. Ter vaststelling van dit doleuze optreden kan worden verwezen naar de eerder gemaakte afspraken, zonder dat verder op de inhoud van de stipulatie zelf behoeft te worden ingegaan. Het antwoord op deze vraag is dat de laatstgenoemde mogelijkheid (de *exceptio doli*) berust op een bijzonder initiatief van de gedaagde: hij zal er voor moeten zorgen dat die exceptie uitdrukkelijk in het procesformulier is opgenomen aan de hand waarvan de rechter over de zaak moet oordelen. Doet hij dit echter niet, dan vormt de stipulatie zoals zij is afgelegd het voorwerp van het geding en kan hij slechts aan een veroordeling ontsnappen door de rechter ervan te overtuigen dat, op basis van de aan de stipulatie voorafgaande onderhandelingen, aan die stipulatie een andere uitleg moet worden gegeven dan op het eerste gezicht voor de hand ligt.

De voorafgaande onderhandelingen tussen de bij een stipulatie betrokken partijen worden door Paulus *praefationes* genoemd, dat wil zeggen 'de dingen die voorafgaand zijn gezegd.' Hij doet dit in de navolgende passage:

D. 45,1,134,1: 'Dikwijls wordt wat in de voorafgaande onderhandelingen³⁶ wordt gezegd te zijn overeengekomen óók geacht in de stipulatie te zijn herhaald, zij het dan met dien verstande dat de stipulatie door de <impliciete> herhaling daarvan niet nietig mag worden.'³⁷

³⁶ De vertaling 'inleidende zinsneden', die door Spruit en Wubbe in hun vertaling van D. 45,1,134,1 wordt gehanteerd, lijkt mij minder gelukkig. Daardoor wordt immers de (wellicht onbedoelde) indruk gewekt alsof het gaat om de inleidende bewoordingen van de tekst van de akte van de stipulatie zelf, of, naar Anglo-Amerikaanse verhoudingen vertaald, om de 'recitals' van een 'contract', wij zouden zeggen de 'considerans' van een overeenkomst. Met betrekking tot deze 'recitals' is overigens in het Anglo-Amerikaanse recht óók de vraag gesteld of die mochten worden betrokken bij de uitleg van het daarop volgende contract (de zogeheten 'operative clauses'). De vraag werd tot 1981 (*Shell Tankers (UK) Ltd. v. Astro Comino Armadora S.A.* ("The Pacific Colocotronis") [1981] 2 Lloyd's Reports 40) ontkennend beantwoord.

³⁷ Paulus, *libro quindecimo Responsorum*: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio (cursivering toegevoegd). De laatste zinsnede van dit fragment behelst een impliciete verwijzing naar de

Men vindt een verwijzing naar de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen als hulpmiddel bij de uitleg van stipulaties zoals in de bovenstaande tekst door Paulus is verwoord slechts zelden in zo algemene bewoordingen elders in de Digesten, maar toepassingen ervan zijn legio.³⁸ Men dient namelijk te bedenken dat een formele stipulatie als regel de resultante was van de daaraan voorafgaand tussen partijen gevoerde onderhandelingen. Wanneer die waren uitgemond in wilsovereenstemming, legde men dit resultaat, een onverbindend *pactum nudum*, vast in een formeel bindend contract, de stipulatie. Aldus beschouwd, zou men de in de praecontractuele fase bereikte wilsovereenstemming tussen partijen kunnen bestempelen als de 'oorzaak' van de stipulatie. De Romeinse juristen achtten het daarom vanzelfsprekend dat die voorovereenkomst zowel bij de beoordeling van de afdwingbaarheid van de stipulatie, als ook bij de uitleg ervan mocht worden betrokken³⁹, in het bijzonder wanneer de *promissor* van mening was dat er door toedoen van de *stipulator* een discrepantie bestond tussen de inhoud van de stipulatie en de daaraan voorafgaande, 'praecontractuele', wilsovereenstemming:

D. 45,1,36: 'Als iemand, wanneer er was overeengekomen dat hij <bij stipulatie> tot een prestatie werd verplicht, zich door middel van een list <bij stipulatie> tot een andere prestatie heeft verplicht, dan zal hij weliswaar streng rechtens daartoe gehouden zijn, maar kan hij gebruik maken van een *exceptio doli*: want omdat hij zich door middel van kwaad opzet (*dolus*) heeft verbonden, komt hem die exceptie toe. Hetzelfde is het geval als er geen sprake is van kwaad opzet van de stipulator, maar de zaak zelf riekt naar kwade bedoelingen, want wie op grond van een dergelijke stipulatie een rechtsovereenkomst instelt, handelt doleus omdat hij een rechtsovereenkomst instelt.'⁴⁰

hierboven (bij voetnoot 33) vermelde regel dat men zich bij de uitleg van rechtshandelingen (zoals het 'inlezen' van niet uitdrukkelijk vermelde voorwaarden en andere bedingen) moet laten leiden door het uitgangspunt dat daardoor de rechtshandeling niet mag worden ontkracht.

³⁸ Zie hierover uitvoerig R. Knütel, 'Stipulatio und pacta', in: D. Medicus *e.a.* (edd.), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, pp. 201-228 (225-227 (over D. 45,1,126,2)) ; zie ook U. Babusiaux, *Id quod actum est (Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß)*, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte 95, München 2006, pp. 83-84 (over D. 45,1,126,2) en, over uitleg van stipulaties, recentelijk wederom Knütel, 'Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht', in: M. Avenarius *e.a.* (edd.), *Ars Iuris (Festschrift für Okko Behrends zum 70. Geburtstag)*, Göttingen 2009, pp. 223-257. Veel van de oudere twintigste eeuwse literatuur, waaronder in het bijzonder S. Riccobono, *Stipulation and the Theory of Contract*, Amsterdam 1957, is nauwelijks bruikbaar vanwege de daarin veelvuldig verwerkte interpolatievermoedens (zie, bijvoorbeeld, a.w. p. 194 voor D. 45,1,126,2).

³⁹ Zie hiervoor D. 45,1,5pr. (Pomponius): "'Conventionele" <stipulaties> zijn die welke berusten op de wilsovereenstemming tussen partijen, waarvan ik haast zou zeggen dat er evenvele soorten zijn als er dingen zijn waarover gecontracteerd kan worden: want zij ontstaan vanwege de verbindende kracht van de woorden zelf en hangen af van de bereikte wilsovereenstemming.' (Conventionales <stipulationes> sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto).

⁴⁰ Ulpianus, *libro quadragesimo octavo ad Sabinum*: Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter

Op deze wijze kon de stipulatie, die een rechtshandeling naar civiel recht (*ius civile*) was en in formele zin enkel en alleen 'door de uitgesproken woorden' (*verbis*) naar datzelfde *ius civile* bindend was, door middel van de inzet van praetorische rechtsmiddelen, zoals de *exceptio doli (praesentis)*, in materiële zin worden ontkracht. Zij was, met andere woorden, geldig maar vernietigbaar als er sprake was van een discrepantie tussen de aan de formele stipulatie ten grondslag liggende 'voorovereenkomst', die de 'oorzaak' (*causa*) van de stipulatie was, en de stipulatie zelf. Als echter uit die voorafgaande onderhandelingen naar voren kwam dat een *stipulatio* een 'ongeoorloofde oorzaak' had – bijvoorbeeld een stipulatie een bepaalde geldsom uit te keren aan iemand die in de aan deze stipulatie voorafgaande onderhandelingen had beloofd in ruil daarvoor een moord te plegen – was zij niet vernietigbaar, maar nietig.⁴¹ Dit betekende dat iemand die door de potentiële (of daadwerkelijke) moordenaar tot betaling van die geldsom werd aangesproken géén beroep behoefde te doen op praetorische rechtsmiddelen (zoals de *exceptio doli*), die de geldigheid van de overeenkomst naar *ius civile* veronderstellen, maar met alle hem beschikbare middelen, inclusief de aan de stipulatie voorafgaande onderhandelingen, bewijs kon leveren van de nietigheid van de overeenkomst naar *ius civile*. Wanneer er géén geschil tussen partijen bestond omtrent de nietigheid of vernietigbaarheid van de stipulatie, maar slechts omtrent de uitleg van de bewoordingen ervan, dan sprak het evenzeer vanzelf dat, ter nadere vaststelling daarvan, de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen daarbij konden worden betrokken. Het gaat immers, zo benadrukt Ulpianus elders, bij de uitleg van de *stipulatio* eerst en bovenal om de vaststelling wat de bedoeling van partijen is geweest⁴² en dit kan er toe leiden dat de in de aan de stipulatie voorafgaande onderhandelingen tussen partijen gemaakte afspraken die niet uitdrukkelijk in de stipulatie zijn opgenomen daarin desalniettemin moeten worden geacht te zijn opgenomen indien zoiets klaarblijkelijk in de bedoeling van partijen heeft gelegen.⁴³ Men mag daarbij echter, zo stelt Paulus in D. 45,1,126,2 vast, nooit zover gaan dat men in de stipulatie een andere persoon als schuldeiser leest dan degene die zich in de stipulatie als zodanig heeft opgeworpen, zeker niet wanneer een dergelijke uitleg leidt tot de conclusie dat die stipulatie dientengevolge nietig is.

per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit.

⁴¹ Inst. 3,19,24: Quod turpi ex causa promissum est veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

⁴² D. 50,17,34 (Ulpianus, *libro quadragensimo quinto ad Sabinum*): Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est.

⁴³ Zie hiervoor D. 12,1,3 (Pomponius): nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est.

NASCHRIFT

Ik stuitte op de hierboven behandelde casus toen ik mij enige tijd geleden onledig hield met de uitleg van overeenkomsten in het Anglo-Amerikaanse recht.⁴⁴ Er bestaat namelijk een goede reden om voor de uitleg van overeenkomsten in het Anglo-Amerikaanse recht een blik te slaan op de uitleg van stipulaties in het Romeinse recht. De éézijdige overeenkomst immers is, naar ieder behoort te weten, het standaardmodel van een obligatoire overeenkomst in het Anglo-Amerikaanse recht, evenals dat het geval was met de *stipulatio* in het Romeinse recht. Daar komt nog iets bij dat mij essentieel voorkomt. Wij zagen in het voorgaande dat de formele stipulatie van het Romeinse recht als regel de weerslag vormde van de daaraan voorafgaande onderhandelingen tussen partijen en de in de loop daarvan bereikte consensus. De stipulatie zelf evenwel dient daarvan in beginsel (naar *ius civile*) te worden onderscheiden; zij was, met andere woorden, een in beginsel abstracte rechtshandeling, of, zoals onze oosterburen plegen te zeggen, 'ein abstraktes Schuldversprechen'.⁴⁵

Wij zagen in het voorgaande dat het abstracte karakter van de stipulatie in het klassieke Romeinse recht aanzienlijk werd gemitigeerd doordat het causale 'Grundgeschäft' daarbij kon worden betrokken door middel van het opwerpen van een *exceptio doli*. De *promissor* behoefde echter niet te wachten tot het moment waarop tegen hem op basis van de *stipulatio* een procedure werd aangespannen. Hij kon ook, als hij *sine causa* bij stipulatie een prestatie had toegezegd, een op de gedachte der ongerechtvaardigde verrijking gegrondveste rechtsvordering instellen die er op was gericht dat de gedaagde hem die prestatie formeel kwijtschold en die daarom *condictio liberationis* pleegt te worden genoemd.⁴⁶ Het Duitse recht kent daarvan afgeleide rechtsmiddelen in de vordering van § 812 (*condictio liberationis*)⁴⁷ en de *exceptio* van § 821 BGB.

Dezelfde fenomenen doen zich, *mutatis mutandis*, in het Anglo-Amerikaanse recht voor zodra een mondeling bereikte wilsovereenstemming schriftelijk wordt vastgelegd, hetzij in een formele 'deed'⁴⁸, hetzij in een ander document.⁴⁹ Terwijl een dergelijk document naar

⁴⁴ Zie 'De historische context van de overeenkomst', in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, pp. 63 e.v.

⁴⁵ Zie de bepaling van § 780 BGB. Het abstracte 'Schuldversprechen' van § 780 BGB vindt zijn oorsprong in een publicatie van de buitengewoon invloedrijke Duitse civilist en rechter Otto Bähr: *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Cassel 1867 (2^e dr.). Daarin staat, uiteraard, de behandeling van de Romeinsrechtelijke *stipulatio* centraal.

⁴⁶ Zie daarvoor D. 12,7,1pr.-2 (Ulpianus). Bähr, a.w. p. 153, wijst er op dat in het late Romeinse recht, toen de stipulatie werd vereenzelvigd met de akte waarin zij was neergelegd, in dit soort gevallen tot afgifte van de akte (*cautio*) werd geprocedeerd (zie, bijvoorbeeld, C. 4,9,4: 'cautionem postulare potes'). Zie voor een soortgelijke procedure in het Engelse recht hieronder bij voetnoot 68.

⁴⁷ Zie in het bijzonder het in § 812 II BGB bepaalde.

⁴⁸ Zie over het bijzondere dispositieve rechtskarakter van de Anglo-Amerikaanse 'deed' (vaak ook

de voorstellingen van het huidige continentale vermogensrecht slechts strekt tot bewijs van de daaraan voorafgaand bereikte wilsovereenstemming tussen partijen, beschouwt de 'common law' dergelijke documenten zelf als de rechtsgrond van de gebondenheid van partijen.⁵⁰ Het wordt dus, op dezelfde wijze als het geval was met de Romeinse stipulatie, in principe geabstraheerd van de daaraan voorafgaand bereikte wilsovereenstemming ('agreement') tussen partijen:

'If an agreement made by parol to do anything be afterwards reduced into writing, the parol agreement is thereby discharged; and if an action be brought for the non-performance of this agreement, it must be brought upon the agreement reduced into writing, and not upon the parol agreement (Pasch. 22 Car I B.R.⁵¹); for both cannot stand together, because it appears to be but one agreement, and that shall be taken which is the latter, and reduced to the greater certainty by writing; for *vox emissa volat, litera scripta manet*.⁵²

Er bestaat dus een treffende gelijkenis tussen de Engelse 'common law' en het Romeinse *ius civile*: zodra een bereikte wilsovereenstemming wordt bevestigd door een formele stipulatie (Romeins recht), of wordt neergelegd in een document (Engels recht) geldt het 'Abstraktionsprinzip'. De gelijkenis gaat echter nog verder. Wij zagen in het voorgaande niet alleen dat dit beginsel in het Romeinse recht werd doorbroken door praetorische rechtsmiddelen (in het bijzonder de *exceptio doli*), maar óók dat de inzet van deze rechtsmiddelen niet noodzakelijk was teneinde een beroep te kunnen doen op de nietigheid van de stipulatie, bijvoorbeeld omdat die een ongeoorloofde oorzaak heeft. Hetzelfde is in de 'common law' het geval. Het navolgende voorbeeld moge deze stelling verduidelijken:

'specialty') in het algemeen Uniken Venema-Zwalve, *Common Law & Civil Law*, 2e dr., Den Haag 2008, pp. 220 e.v.; pp. 483 e.v. en mijn nadere toelichting daarbij in 'De historische context van de overeenkomst', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, pp. 65-66.

⁴⁹ Voor wat betreft de leer van de uitleg van overeenkomsten, maakt de 'common law' geen onderscheid tussen de uitleg van een 'deed' en andere documenten waarin een overeenkomst is neergelegd: de ten aanzien van de uitleg van een 'deed' ontwikkelde regels gelden voor alle 'instruments' waarin een overeenkomst is neergelegd. De belangstellende lezer zij voor de achtergronden daarvan verwezen naar de door mij in 'De historische context van de overeenkomst', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, p. 66, n. 26 vermelde literatuur.

⁵⁰ Deze overeenkomst tussen de Romeinse stipulatie en de in een 'deed' neergelegde overeenkomst van het Engelse recht is ook Anglo-Amerikaanse juristen opgevallen. Zie, in het bijzonder, de eminente Amerikaanse jurist James Barr Ames, 'Specialty Contracts and Equitable Defences', in: 9 *Harvard Law Review* (1895-1896) p. 49: 'It is now generally agreed that the specialty obligation, like the Roman *stipulatio*, owes its validity to the mere fact of its formal execution.'

⁵¹ Ik heb vruchteloos gezocht naar deze zaak die is gewezen door de King's Bench in het 22ste regeringsjaar van koning Karel I en wel gedurende het paaskwartaal.

⁵² J. Lilly, *The Practical Register* I, Londen 1719, s.v. 'Agreement', p. 48; overgenomen in Ch. Viner, *A General Abridgment of Law and Equity* V, Londen 1792, pp. 515-516.

In *Collins v. Blantern*⁵³ vorderde de eiser, Collins, betaling van een bedrag van £ 700 op grond van een 'deed' waarin Blantern zich, samen met enige anderen, jegens Collins tot betaling van dit bedrag had verplicht. Blantern weigerde dit bedrag te betalen. Hij stelde dat de eiser, ten behoeve van zijn medeschuldenaren, (met succes overigens) een bedrag van £ 350 aan steekpenningen had betaald aan een 'prosecutor', die een proces wegens meened tegen hen had aangespannen. Tot zekerheid nu van de terugbetaling van dit door Collins voorgeschoten bedrag ondertekenden de verdachten en Blantern een 'deed', waarin zij, zonder nadere toelichting, beloofden £ 700 aan Collins te betalen wanneer zij hem niet binnen een bepaalde termijn een bedrag van £ 350 hadden betaald. Deze termijn was inmiddels verstreken, vandaar dat Collins van zijn schuldenaren £ 700 eiste.

Van de zijde van Collins werd tegen het verweer van Blantern naar voren gebracht dat de door deze aangevoerde feiten irrelevant waren en wel omdat de voorafgaande onderhandelingen die de onmiddellijke aanleiding (*causa*) waren geweest waarom de partijen zich tot het afleggen van deze (daarvan geabstraheerde) belofte hadden laten bewegen niet bij de beoordeling daarvan mochten worden betrokken. De toenmalige 'common law' kende strenge interpretatieregels die de rechters óók in dit geval zouden hebben toe te passen en die zouden inhouden dat de inhoud van een 'deed', of een ander document, niet kon worden ontkracht op basis van de daaraan voorafgaande tussen partijen gevoerde onderhandelingen, de Romeinse *praefationes*. Collins beriep zich, met andere woorden, op het abstracte karakter van het document waarin de betalingsverplichting van Blantern was vastgelegd. Dit standpunt werd als volgt door Lord Justice Wilmot verwoord:

'It is now objected as a maxim, that the law will not endure a fact in pais dehors a specialty⁵⁴ to be averred against it, and that a deed cannot be defeated by anything less than a deed⁵⁵, and a record by

⁵³ (1767) 2 Wils 341; 95 E(nglish) R(eports) 847.

⁵⁴ Onder de zinsnede 'a fact in pais dehors a specialty', dient men feiten ('facts in pais') te verstaan die niet in de 'deed' ('dehors specialty') staan vermeld. De wonderlijke uitdrukking 'facts in pais' vindt haar oorsprong in het gegeven dat de beslissing van feitelijke vragen oudtijds in beginsel was voorbehouden aan 'the country' ('pais' in het oude 'law french'), dat wil zeggen een jury.

⁵⁵ Deze stelregel werd regelmatig gehanteerd ter ondersteuning van het abstracte karakter van de 'deed.' Hij werd gewoonlijk in zijn Latijnse versie aangehaald: 'nihil tam convenies naturali aequitati, unumquodque dissolvi eo ligamine quo ligatum est' (een variant op D. 50,17,35 (Ulpianus)). Zie daarvoor Edward Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England* (5^e dr.), Londen 1671, p. 360 en Edmond Wingate, *Maxims of Reason (The Reason of the Common Law)*, Londen 1658, p. 68 (en vooral de toepassing ervan in no 6 (p. 69) en no 25 (p. 72)). Zie over de regel ook A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract*, Oxford 1987, pp. 99-101. De betekenis van de regel dient, óók voor wat het moderne recht betreft, niet te worden onderschat. Zo wordt, bijvoorbeeld, het beroemde dictum van Sir John Popham in de *Countess of Rutland's Case* ((1604) 5 Co. Rep. 25b(26a); 77 E.R. 89(90)) dat 'it would be inconvenient, that matters in writing ... should be controlled by averment of the parties to be proved by uncertain testimony', waarop nog in 2009 een beroep werd gedaan door Lord Hoffmann (*Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.* [2009] 1 A.C. 1101, op p. 1118) teneinde de stelling te onderbouwen dat de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen niet

a record, and that if there be no consideration for a bond it is a gift.⁵⁶

Het standpunt impliceerde overigens niet dat de gedaagde (Blantern) geheel zonder rechtsmiddelen was, maar wel dat die in een 'court of Law niet konden worden ingezet en wel omdat die slechts beschikbaar waren in een ander gerechtshof, te weten dat van de 'Lord Chancellor', die naar 'equity' recht sprak en de uitvoering van een vonnis van een 'court of Law kon verbieden 'when a judgment is obtained by oppression, wrong and a hard conscience'.⁵⁷

De repliek van Collins tegen het verweer van Blantern confronteert ons met de voor het Anglo-Amerikaanse recht kenmerkende scheiding tussen 'Law en 'Equity'. Die kan slechts goed op haar waarde worden geschat en begrepen door iemand die vertrouwd is met de structuur van het klassieke Romeinse recht, dat eenzelfde dichotomie in het recht kende, te weten die tussen het *ius civile* enerzijds en het *ius praetorium* anderzijds. Het enige verschil tussen beide stelsels bestaat uit het gegeven dat in Engeland tot 1873 (de 'Judicature Act') de toepassing van 'Law en 'Equity' in verschillende handen was, terwijl dat in het Romeinse recht in één hand (die van de *praetor*) was. Wij zagen in het voorafgaande dat de *praetor* aan een rechtshandeling die naar *ius civile* geldig was de rechtskracht kon ontnemen door middel van aan zijn eigen jurisdictie ontleende rechtsmiddelen, zoals de *exceptio doli*. Zo werden in het Romeinse recht het *ius civile* en het *ius praetorium* binnen één procedure tegelijkertijd toegepast, evenals dat nu in Engeland, na de zojuist genoemde 'Judicature Act', óók het geval is met 'Law' en 'Equity'. Vóórdien evenwel was dat uitgesloten, zodat de mogelijkheid bestond dat een 'Court of Law' een vordering toewees waarvan vervolgens de uitvoering door een 'Court of Equity' werd verboden. De repliek van Collins was hierop gebaseerd:

'It is objected against the defendant that he has no remedy at law, but must go and seek it in a Court of Equity'.⁵⁸

Dit standpunt werd door de Court of Common Pleas bij monde van Lord Chief Justice Wilmut van de tafel geveegd in een alleszins interessant betoog dat ik in het onderstaande integraal weergeef:

'we are upon a mere point of common law, which must have been a question of law, long before Courts of Equity exercised that jurisdiction which we now see them exercise; a jurisdiction which never would have swelled to that enormous bulk we now see, if the Judges of the Courts of Common Law had been anciently as liberal as they have been in later times: to send the defendant in this case

kunnen worden betrokken bij de uitleg van overeenkomsten, door het zojuist geciteerde Romeinsrechtelijke adagium ingeleid.

⁵⁶ *Collins v. Blantern* (1767) 2 Wils 341(350-351); 95 E. R. 847(852-853).

⁵⁷ *The Earl of Oxford's case* (1615) 1 Chan. Rep. 10; 21 E.R. 485.

⁵⁸ *Collins v. Blantern* (1767) 2 Wils 341(350); 95 E R. 847(852).

into a Court of Equity, is to say there never was any remedy at law against such a wicked contract as this is: we all know when the equity part of the Court of Chancery began. I should have been extremely sorry if this case had been without remedy at common law, est boni judicis ampliare jurisdictionem; and I say, est boni judicis ampliare justitiam ; therefore, whenever such cases as this come before a Court of Law, it is for the public good that the common law should reach them and give relief. I have always thought that formerly there was too confined a way of thinking in the Judges of the Common Law Courts, and that Courts of Equity have risen by the Judges not properly applying the principles of the common law, but being too narrowly governed by old cases and maxims, which have too much prevented the public from having the benefit of the common law.⁵⁹

Het stond de gedaagde, kortom, vrij om zich tegen de eis te verweren door, op grond van de aan de totstandkoming van de 'deed' voorafgaande onderhandelingen tussen partijen, te bewijzen dat de daarin neergelegde overeenkomst nietig was, omdat die, om het eens in de termen van het Romeinse recht te zeggen, een 'ongeoorloofde oorzaak' had. Over de daaruit voortvloeiende nietigheid liet de Court of Common Pleas geen twijfel bestaan:

'This is a contract to tempt a man to transgress the law, to do that which is injurious to the community: it is void by the common law; and the reason why the common law says such contracts are void, is for the public good. You shall not stipulate for iniquity. All writers upon our law agree in this, no polluted hand shall touch the pure fountains of justice.'⁶⁰

De toon van het betoog van Wilmot, C.J., rechtvaardigt het vermoeden dat de beslissing in *Collins v. Blantern* een bewuste breuk vormde met de voordien bestaande praktijk van de Courts of Law om in dit soort gevallen de vordering van de eiser toe te wijzen en het aan de (veroordeelde) gedaagde over te laten om in een Court of Equity 'relief' te zoeken.⁶¹ Dit bleef, ook ná *Collins v. Blantern*, in andere gevallen dan 'illegality' nog lang de praktijk van de Courts of Law. Daarop bestond slechts één, oeroude, uitzondering: het was een gedaagde toegestaan om zich, óók met gebruikmaking van 'extrinsic evidence', tegen een op een akte gebaseerde vordering te verweren door aan te voeren dat die onder dwang ('duress') tot stand was gekomen.⁶² Dit was dus, vóór *Collins v. Blantern*, de enige

⁵⁹ *Collins v. Blantern* (1767) 2 Wils 341(350); 95 E.R. 847(852).

⁶⁰ *Collins v. Blantern* (1767) 2 Wils 341(350); 95 E.R. 847(852). Voor de nietigheid van de overeenkomst werd ook een beroep gedaan op het Romeinse recht: Lord Chief Justice Wilmot verwijst naar Inst. 3, 19(20), 24(23). Opmerkelijk is dat hij de gelegenheid aangrijpt om Grotius te bekritisieren die (*De iure belli ac pacis* 2,11,9), ten aanzien van de overeenkomst om tegen betaling een moord te plegen, een standpunt huldigde dat overeenkomt met de wonderlijke regeling van art. 6:211, lid 1 BW.

⁶¹ Zo ook Ames, 'Specialty Contracts and Equitable Defences', p. 52: 'The opinion of the court delivered by Wilmot, C.J., bears the unmistakable signs of an innovation.' Zie voor de oudere praktijk de door Ames, p. 52, noot 3, geciteerde uitspraken en ook de, aldaar in noot 4, geciteerde beslissingen van de Courts of Equity waarin de tenuitvoerlegging van dit soort beslissingen werd gefrustreerd door middel van een 'injunction.'

⁶² De uitzondering is reeds te vinden bij Bracton (c. 1250), f. 16b-17.

'equitable defence' die *in een Court of Law* was toegelaten tegen het abstracte karakter van het document waaraan de eiser een vorderingsrecht tegen de gedaagde ontleende.

De Engelse *praetor*, de Lord Chancellor en zijn Court of Equity, daarentegen opende de mogelijkheid om óók in andere gevallen dan dwang, zoals dwaling ('mistake'), bedrog ('fraud') of misbruik van omstandigheden⁶³, tegen de tenuitvoerlegging van de door de Courts of Law gewezen vonnissen in het geweer te komen. Daartoe konden zelfs bewijsmiddelen 'van elders' (*aliunde*) – dat wil zeggen niet ontleend aan de 'four corners' van de akte waarin de overeenkomst was neergelegd⁶⁴ – worden aangetrokken. Het gaat dus om dezelfde gevallen als die waarin een stipulatie in het Romeinse recht kon worden ontkracht door middel van de *exceptio doli*, dat wil zeggen door tussenkomst van de *praetor*. Men dient daarbij bovendien te bedenken dat enkele belangrijke contractuele rechtsmiddelen, zoals de vordering tot nakoming ('specific performance'), niet hun oorsprong vinden in de traditionele 'common law', maar in 'equity'. 'Equitable remedies' nu staan ter discretie van de rechter en deze zal die weigeren in te zetten ten behoeve van een contractspartij die, zoals dat heet, geen 'clean hands' heeft⁶⁵:

'A Court of Equity is not bound to interpose by specifically performing the contract and though the subject and import of the written contract are clear, so that there is no necessity to resort to evidence for its construction, yet, if the defendant can shew any circumstances dehors, independent of the writing, making it inequitable to interpose for the purpose of a specific performance, a Court of Equity, having satisfactory information upon that subject, will not interpose.'⁶⁶

Alhoewel in de oude Courts of Law en Equity in beginsel dezelfde regels van bewijsrecht werden gehanteerd⁶⁷, was het dus toch mogelijk dat een Court of Equity, bij de beoordeling van de vraag of ten aanzien van een in een document neergelegde overeenkomst 'equitable remedies' konden worden ingezet, bewijs toeliet dat in een Court of Law was uitgesloten. Equity heeft in dit verband zelfs een – met de zojuist ter sprake gebrachte Romeinsrechtelijke *condictio liberationis* goed vergelijkbaar – rechtsmiddel ('equitable relief') ontwikkeld dat de 'promissor' van een schuldbekentenis waaruit op het eerste gezicht niets onregelmatigs viel op te maken (zoals, bijvoorbeeld, in *Collins v. Blantern*) in staat stelde om van de tegenpartij, bijvoorbeeld iemand die zich schuldig had

⁶³ Zie hiervoor Ames, 'Specialty Contracts and Equitable Defences', pp. 51-58.

⁶⁴ De gangbare aanduiding 'parol evidence' is extreem misleidend en heeft diensgevolge aanleiding gegeven tot misverstand. Veel van hetgeen technisch bekend staat als 'parol evidence' heeft immers betrekking op documenten; men denke slechts aan de briefwisseling die tussen partijen is gevoerd voorafgaand aan het totstandkomen van de akte waarin de overeenkomst is neergelegd.

⁶⁵ Zie daarover mijn opmerkingen in: 'De zaak *Tinsley v. Milligan*. Over schone handen en vuile was', *Ars Aequi* 1995, pp. 63 e.v.

⁶⁶ *Clowes v. Higginson* (1813) 1 V. & B. 524(527); 35 E.R. 204(205), bij monde van de Vice-Chancellor, Sir Thomas Plumer.

⁶⁷ *Meres v. Ansell* (1771) 3 Wils. K.B. 275(276); 95 E.R. 1053 (*per curiam*): 'The rules of evidence are universally the same in the Courts of Law and the Courts of Equity.'

gemaakt aan bedrog ('fraud', *dolus*), te vorderen dat document te produceren ('bill of discovery') teneinde dat te kunnen vernietigen en daardoor de daaraan verbonden rechtsgevolgen ongedaan te maken ('cancellation of a document').⁶⁸ Hij behoefde, met andere woorden, evenmin als een Romeinse *promissor*, te wachten totdat door de *stipulator* een procedure tegen hem werd aangespannen.

Uiteraard wordt een dergelijk verzoek geweigerd als de requirant zelf 'vuile handen' heeft (*nemo turpitudinem suam allegans auditur*). *Benyon v. Nettlefold*⁶⁹ is daarvan een fraai voorbeeld. In dit geval had Benyon een overeenkomst gesloten met de heren J.P. Beavan en William Nettlefold krachtens dewelke hij aan hen een jaargeld van £ 200 zou betalen dat zij 'in trust' zouden moeten houden voor (en jaarlijks moesten uitkeren aan) Caroline Nettlefold. De 'deed' waarin deze overeenkomst was neergelegd onthulde niets van de achterliggende motieven, te weten het feit dat de £ 200 de prijs vormde voor de toestemming van William Nettlefold, de vader van Caroline, om zijn dochter met Benyon buitenechtelijk te laten samenleven. Aan de 'deed' lag dus een onzedelijke overeenkomst ten grondslag. Ik teken hierbij, voor alle duidelijkheid, nog aan dat de 'bill of discovery' die is gericht op 'cancellation' niet zozeer ten doel heeft de rechtsgevolgen van een in een akte neergelegde overeenkomst in juridische zin te vernietigen, maar – veel concreter – de fysieke destructie van dat document beoogt. Slechts daardoor namelijk kunnen de daaraan verbonden rechtsgevolgen ongedaan worden gemaakt; de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst heeft immers opgehouden een rechtens relevant bestaan te leiden doordat die is opgegaan in de akte zelf. 'The agreement is', zo pleegt men te zeggen, 'merged into the instrument.'

Aan de boven geschetste omslachtige, want over twee instanties verdeelde, wijze waarop verweer kon worden gevoerd tegen in een akte neergelegde overeenkomsten, kwam al vóór de Judicature Acts van 1873-1875 (waardoor de rechtsgangen naar 'Equity' en 'Law' werden gefuseerd) een eind en wel door S. 83 van de Common Law Procedure Act van 1854, een belangrijke voorloper van de zojuist genoemde Judicature Acts. Daarin werd aan de Courts of Law de bevoegdheid toegekend óók 'equitable defences' te honoreren, *mits* die expliciet als zodanig werden aangevoerd⁷⁰. Sindsdien konden bij wijze van

⁶⁸ Zie hiervoor, onder meer, *Duncan v. Worrall* (1822) 10 Price 31(42); 147 E.R. 232(236), bij monde van Richards, L.C.B.: 'if it can be proved in any case, that a party, Plaintiff, in a suit for cancelling an instrument, executed it under a misrepresentation, of which the defendant may have been guilty, whereby he has been led to do so, a Court of Equity will certainly not suffer him to keep that instrument in his possession; and on this plain principle – that where the paper never would, but for such misrepresentation, have come to his hands, and the party has been imposed on, and his signature or seal obtained from him by means of fraud, or such conduct as in equity is considered fraud, he cannot be suffered to retain it in his possession.' Zie voor een vergelijkbaar rechtsmiddel in het late ('post-klassieke') Romeinse recht hierboven, in voetnoot 46.

⁶⁹ (1849) 17 Sim. 51; 60 E.R. 1047.

⁷⁰ 17 & 18 Vict. Ch. 125, S. LXXXIII: 'It shall be lawful for the defendant ... in any cause in any of the Superior Courts in which, if judgment were obtained, he would be entitled to relief against such judgment on equitable grounds, to plead the facts which entitle him to such relief by way of defence, and

'equitable defence' in een Court of Law ook buiten de gevallen van 'illegality' en 'duress' de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen in stelling worden gebracht tegen de geldigheid van een in een schriftelijk document neergelegde overeenkomst waarop *prima facie* niets viel aan te merken, bijvoorbeeld om aan te tonen dat er sprake was geweest van een vergissing ('mistake').

De beroemde dwalingszaak *Raffles v. Wichelhaus* ("*The Peerless*")⁷¹, die ná de Common Law Procedure Act van 1854 is geweest, is hiervan een fraai voorbeeld. De eiser had aan de gedaagde een lading katoen verkocht die vanuit Bombay in het schip de 'Peerless' in Liverpool zou aankomen. Ongelukkigerwijs bestonden er twee schepen met de naam 'Peerless', die beide vanuit Bombay met een lading katoen onderweg waren naar Engeland. Het ene arriveerde in oktober; het andere in december. De koper begreep bij het tot stand komen van de overeenkomst het eerste, de verkoper het laatste. Er werd beslist dat tussen partijen géén sprake was van *consensus ad idem* en dat er daarom geen contract tot stand was gekomen. In de pleidooien was van de zijde van de eiser betoogd dat het de gedaagde niet zou zijn toegestaan om door middel van 'extrinsic evidence', zoals bijvoorbeeld de aan de totstandkoming van het contract voorafgaande onderhandelingen, te bewijzen dat hij een ander schip had bedoeld dan de eiser.⁷² Dit betoog werd door de rechters unaniem van de hand gewezen: 'parol evidence may be given for the purpose of shewing that the defendant meant one "Peerless", and the plaintiff another.'

'Equity' biedt vanouds ook nog een ander rechtsmiddel dat niet zozeer – zoals de 'equitable defences' waarvan tot dusver sprake is geweest – kan worden ingezet als er sprake is van wilsgebreken in de door een akte tot uitdrukking gebrachte wilsovereenstemming, als wel ter correctie van vergissingen die zijn gemaakt bij het overbrengen van die wilsovereenstemming in de akte.⁷³ Men pleegt dan te spreken van 'rectification (in de VS 'reformation') of documents'. In dit soort gevallen wordt dus de geldigheid van de overeenkomst niet bestreden, maar wordt slechts betoogd dat de akte geen nauwkeurige weergave behelst van die overeenkomst. Uiteraard zijn, óók hier, de *praefationes*, de aan de totstandkoming van de akte voorafgaande onderhandelingen tussen partijen, onmisbaar

the said Courts are hereby empowered to receive such defence by way of plea; *provided* that such plea shall begin with the words "For defence on equitable grounds, " or words to the like effect.' (cursivering toegevoegd).

⁷¹ (1864) 2 H. & C. 906; 159 E.R. 375.

⁷² Uit het pleidooi van de barrister Milward (2 H. & C. 907; 159 E.R. 375-376): 'The defendant has no right to contradict by parol evidence a written contract good upon the face of it. He does not impute misrepresentation and fraud, but only says that he fancied the ship was a different one.'

⁷³ *Simpson v. Vaughn* (1739) 2 Atk. 31(33); 26 E.R. 415(416) bij monde van Lord Hardwicke: 'this is a head of equity on which the Court always relieves.' Zie ook dezelfde in *Henkle v. Royal Exchange Assurance* (1749) 1 Ves. Sen. 317(318); 27 E.R. 1055: 'No doubt but this Court has jurisdiction to relieve in respect of a plain mistake in contracts in writing as well as against frauds in contracts: so that if reduced into writing contrary to the intent of the parties on proper proof that would be rectified.'

teneinde aard en omvang van de gemaakte vergissing te kunnen vaststellen.⁷⁴

Zo zien wij de Lord Chancellor bij de beoordeling van in een akte neergelegde overeenkomsten een rol spelen die volmaakt overeenkomt met de rol van de Romeinse *praetor* bij die van de stipulaties die aan zijn jurisdictie waren onderworpen. Er is echter één belangrijk verschil tussen beide rechtssystemen en die heeft betrekking op de *uitleg* van die overeenkomsten. Dit verschil vindt zijn simpele verklaring in het toevallige gegeven dat de rechtspraak naar 'Law en 'Equity' tot 1873 (de eerste Judicature Act) in Engeland altijd in *twee* handen – die van de Common Law Courts en de Court of Equity – is geweest, terwijl die, zoals gezegd, in Rome altijd in *één* hand (de *praetor* en de door deze geïnstrueerde *iudex privatus*) was. De Courts of Equity nu hebben zich nimmer gemengd in disputen omtrent de *uitleg* van overeenkomsten die hun grondslag vinden in de 'common law': die behoorde tot de exclusieve bevoegdheid van de Courts of Law. Dientengevolge heeft het dus kunnen gebeuren dat ten aanzien dáárvan vanzelfsprekendheden (de ontoelaatbaarheid van 'extrinsic evidence' bij de *uitleg* van in een akte neergelegde overeenkomsten) zijn blijven beklijven⁷⁵ die behoren tot het middeleeuwse gedachtengoed waaraan de 'common law' is ontsproten en waaraan die zich slechts met moeite kan ontworstelen, niet in de laatste plaats omdat Engelse praktijkjuristen doorgaans niet beschikken over enige kennis van de geschiedenis van het recht dat zij beoefenen.

W.J. Zwalve

Leiden

⁷⁴ *Baker v. Paine* (1750) 1 Ves. Sen. 456(457); 27 E.R. 1140(1141) bij monde van (alweer) Lord Hardwicke: 'How can a mistake in an agreement be proved but by parol evidence?' De (retorische) vraag van Lord Hardwicke behelst zijn reactie op het betoog van 'counsel' van de gedaagde in deze procedure die zich had verzet tegen het betrekken van 'extrinsic evidence' in een 'rectification'-procedure 'for by this means the mere allegation of mistake will let in parol evidence in contradiction to any agreement, and defeat written acts' (1 Ves. Sen. 456(457); 27 E.R. 1140(1141)).

⁷⁵ Zie recentelijk *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.* [2009] 1 A.C. 1101 en mijn opmerkingen daarover in het hierboven (voetnoot 44) geciteerde opstel.